



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA –
UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E
SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA

**Administração Pública e autotutela:
pagamento indevido e ressarcimento em face do
servidor público**

Brasília

2009

HUDSON VIEIRA LACERDA

**Administração Pública e autotutela:
pagamento indevido e ressarcimento em face do
servidor público**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Carlos Bastide Horbach

Brasília

2009

Ao meu pai, *in memoriam*, fonte de inspiração
pessoal e profissional, a quem dedico meu amor
eterno.

Primeiramente, agradeço a Deus por me permitir concluir mais essa etapa de vida; à minha querida mãe e família pelo apoio e paciência, e a todos os profissionais da área jurídica que convivi durante meus estágios.

Há algum tempo eu me apercebi de que, desde meus primeiros anos, recebera muitas falsas opiniões como verdadeiras, e de que aquilo que depois eu fundei em princípios tão mal assegurados não podia ser senão mui duvidoso e incerto, de modo que me era necessário tentar seriamente, uma vez em minha vida, desfazer-me de todas as opiniões a que até então dera crédito, e começar tudo novamente desde os fundamentos.

Descartes

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
Capítulo 1 - Atos administrativos.....	10
1.1 Origem.....	10
1.2 Conceito	11
1.3 Atributos.....	13
<i>1.3.1 Presunção de legitimidade.....</i>	<i>14</i>
<i>1.3.2 Imperatividade.....</i>	<i>16</i>
<i>1.3.3 Autoexecutoriedade.....</i>	<i>17</i>
1.4 Vinculação e discricionariedade	18
1.5 Invalidação dos atos administrativos	20
<i>1.5.1 Atos inexistentes, nulos e anuláveis.</i>	<i>22</i>
<i>1.5.2 Efeitos da invalidação.....</i>	<i>24</i>
Capítulo 2 - Autotutela.....	27
2.1 Conceito	27
2.2 Limites.....	30
<i>2.2.1 Decadência.....</i>	<i>31</i>
<i>2.2.2 Princípio da Segurança Jurídica (proteção à confiança).....</i>	<i>35</i>
Capítulo 3 - Pagamento indevido	43
3.1 Anulação <i>ex officio</i> e processo administrativo.....	44
3.2 Ressarcimento ao Erário	47
<i>3.2.1 Boa-fé do Servidor Público.....</i>	<i>46</i>
<i>3.2.2 Ocorrência.....</i>	<i>51</i>
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

RESUMO

O presente trabalho busca, por meio do método de pesquisa dogmático-instrumental, o melhor entendimento aos casos de pagamento indevido e ressarcimento em face do servidor público com base na legislação, súmulas, jurisprudências e doutrinas com os principais autores sobre o assunto. Dividido em três capítulos, este trabalho aborda assuntos relativos ao ato administrativo, ao poder de autotutela e seus limites e, finalmente, ao pagamento indevido, tudo isso para que seja permitido, com base no que foi estudado, vislumbrar os caminhos a serem percorridos pela Administração Pública nos casos de pagamento indevido, bem como orientar o servidor público que se vê compelido a ressarcir o Erário em casos tais.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Ato administrativo. Pagamento indevido. Autotutela. Servidor público. Presunção de legitimidade. Decadência. Princípio da segurança jurídica (proteção à confiança). Boa-fé. Ressarcimento ao Erário. Ocorrência.

INTRODUÇÃO

Em seis meses de estágio no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, junto à 3ª Promotoria da Fazenda Pública, constatou-se em alguns Mandados de Segurança que é corriqueiro a Administração Pública, ao fazer uso do seu poder de autotutela, promover, *ex officio*, o desconto em folha de pagamento de valores pagos indevidamente ao servidor público.

Vê-se que o assunto levantado não é mera e unicamente teórico, pois tem um cunho eminentemente prático e observável, uma vez que não raro encontram-se ações judiciais de servidores públicos contra o Estado pleiteando a suspensão do desconto dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública.

Salta aos olhos, pois, a relevância prática e jurídica do assunto, uma vez que é divergente o seu entendimento no mundo do direito, e sua consequência reflete diretamente na vida financeira daqueles que servem ao Estado. Portanto, o tema é digno a ser analisado em sede de monografia.

Por certo, para que se desenvolva o presente trabalho, é preciso uma metodologia a ser seguida, ou seja, faz-se necessário estabelecer qual a forma e organização lógica que será adotada no estudo monográfico. Assim, o trabalho de monografia seguirá o modelo de pesquisa jurídica dogmático-instrumental, cujo objetivo se coaduna com o tema, ou seja, busca na teoria uma contribuição à resolução do problema prático.

Desse modo, o trabalho irá expor as nuances acerca do assunto encontradas na doutrina, legislação, jurisprudência e súmulas das principais Cortes de Justiça deste país.

Na primeira parte deste trabalho, buscar-se-á conceituar ato administrativo, seus atributos, invalidação e efeitos, uma vez que tanto o ato que gera o direito ao servidor público de receber os valores, como o de recobrá-los posteriormente, é ato jurídico emanado pelo Estado-Administração.

Ademais, no segundo capítulo buscar-se-á discorrer sobre o poder de autotutela da Administração Pública, explicitando sua conceituação e limites.

Por fim, será conceituado o pagamento indevido, a possibilidade de sua anulação *ex officio* pela Administração, bem como a ocorrência, ou não, do ressarcimento ao Erário dos valores pagos indevidamente ao servidor público.

1 Atos administrativos

1.1 Origem

O ato administrativo é a forma como o Estado encontrou de se manifestar a fim de atingir os objetivos previstos em lei, os quais tem a obrigação de cumprir. No entanto, tais atos do Estado nem sempre foram denominados como hoje são conhecidos, sendo comumente chamados de atos do Rei, atos do Fisco e atos da Coroa.

Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro¹, não há uma data precisa quando se constata, pela primeira vez, a utilização da expressão *atos administrativos*. Entretanto, o primeiro texto legal que dispôs sobre atos da Administração Pública em geral foi a Lei 16/24-8-1790, onde proibia aos Tribunais conhecerem de “operações de corpos administrativos”.

Demais disso, ainda segundo a autora, a locução *ato administrativo* encontra-se no texto doutrinário do Repertório de Merlin², de jurisprudência, em sua edição do ano de 1812, e é definido como “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função”.

Não obstante a expressão *atos administrativos* datar de muito tempo, o fato é que a noção destes atos ganhou sentido prático com o surgimento do Estado de Direito, quando, então, os atos do Poder Público passaram a ser submissos à lei³. Assim, “[...] a noção

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 184.

² Odete Medauar, em sua obra *Direito Administrativo moderno*, 2008, 12ª edição, cita como Repertório de Guyot, a cargo de Merlin, do ano de 1812, 4ª edição.

³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 133.

de ato administrativo só começou a ter sentido a partir do momento em que se tornou nítida a separação de funções, subordinando-se cada uma delas a regime jurídico próprio.”⁴

1.2 Conceito

Todo ato humano que advém de uma manifestação de vontade, ou não, e que gera efeitos jurídicos é chamado de ato jurídico. Deste modo, na Teoria Geral do Direito, o ato jurídico é definido como “[...] aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir efeitos.”⁵

Hely Lopes Meirelles afirma que para se qualificar um ato jurídico em ato administrativo, basta que se aponha ao supracitado conceito a finalidade pública, que “[...] é própria da espécie e distinta do gênero *ato jurídico* [...]”.⁶

Nesta linha de raciocínio, o professor define os atos administrativos nos seguintes termos:

*Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.*⁷

E prossegue:

Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração e para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 185.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di Pietro, conceitua o ato administrativo como sendo “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”⁸

Referida autora dissecou tal conceito explicando, primeiramente, que o termo *declaração do Estado* é mais correto, uma vez que numa declaração exige-se a exteriorização do pensamento, enquanto na *manifestação* – termo usado pelo professor Helly Lopes – não é necessário externá-lo; a seguir, distingue os atos administrativos dos atos de direito privado praticados pelo Estado, bem como da lei, dos atos normativos, materiais e enunciativos, ao apor as expressões *regime jurídico administrativo* e *produz efeitos jurídicos imediatos*, respectivamente; por fim, ao referir-se a *controle pelo Poder Judiciário* distingue os atos administrativos dos judiciais.

Já Celso Antônio Bandeira de Melo define, *a priori*, os atos administrativos em sentido amplo como sendo:

[...] *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*⁹

Em seguida, procurando conceituar os atos administrativos *stricto sensu*, exclui os atos abstratos (regulamentos, instruções, etc) e os convencionais (contratos administrativos) da Administração Pública, e afirma:

Em acepção estrita pode-se conceituar o ato administrativo com os mesmos termos utilizados, acrescentando as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos e complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado)

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 189.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.¹⁰

De forma mais sucinta, José dos Santos Carvalho Filho conceitua como “[...] a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.”¹¹

Conforme exposto, embora não haja um conceito comum entre os doutrinadores pátrios, o certo é que os atos administrativos são unilaterais - uma vez que se fossem bilaterais seriam contratos administrativos -, devem sempre buscar satisfazer o interesse público, produzem efeitos jurídicos e estão sujeitos a controle jurisdicional.

Por fim, cumpre frisar que os doutrinadores supracitados consentem no sentido de que os atos administrativos não decorrem apenas dos atos praticados pelo Poder Executivo, vez que “Pelo critério objetivo, funcional ou material, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.”¹²

1.3 Atributos

Para que sejam diferenciados os atos administrativos daqueles praticados pelos particulares, forçoso que sejam traçadas suas próprias características para definir se tais atos se submetem a regime jurídico administrativo ou de direito público. A seguir, serão analisados os principais atributos (prerrogativas) consagrados pela doutrina, quais sejam: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 382.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 88.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 186.

1.3.1 Presunção de legitimidade

Todos os atos administrativos gozam de tal presunção, ao fundamento primeiro de que o Estado age de acordo com o princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Ademais, Hely Lopes Meirelles, ao citar Manoel María Diez, assevera que:

[...] a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.¹³

Referido autor ainda aduz que tal presunção autoriza a execução imediata dos atos administrativos, mesmo que contenham vícios ou defeitos que levem à sua anulação. “Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos.”¹⁴

Vale ressaltar que esta prerrogativa – assim como todas as outras dos órgãos estatais - encontra fundamento na ideia de poder, sem o qual o Estado não assumiria sua posição de superioridade sobre o particular. Ademais, cumpre observar que tal presunção serve para garantir a celeridade dos atos administrativos, vez que “[...] eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular.”¹⁵

Maria Sylvia Zanella di Pietro, faz uma importante diferenciação entre presunção de *legitimidade* e de *veracidade*, afirmando que aquela significa que os atos administrativos são conformes a lei; enquanto esta se atine aos fatos, ou seja, “[...] presumem-

¹³ Manoel María Die *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 158.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 191.

se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.”¹⁶

À frente a autora cita três efeitos da presunção de veracidade¹⁷:

1. enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo, ser cumprido; os Estatutos dos Funcionários Públicos costumam estabelecer norma que abrande o rigor do princípio, ao incluir, entre os deveres do funcionário, o de obediência, salvo se o ato for **manifestamente ilegal**. Para suspender a eficácia do ato administrativo, o interessado pode ir a juízo ou usar de recursos administrativos, desde que tenham efeito suspensivo;
2. o Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o artigo 168 do CC determina que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser **pronunciadas pelo juiz**, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato administrativo, cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada;
3. a **presunção de veracidade** inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a presunção de **legitimidade** produz esse efeito, uma vez, quando se trata de confronto entre ato e lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade argüida pela parte.

Neste último ponto, Di Pietro afirma que de fato há a inversão do ônus da prova, entretanto, não em caráter absoluto, vez que, não obstante à parte caiba provar, em princípio, que os fatos que sustentam sua pretensão são verdadeiros, à Administração não lhe é escusada de provar a sua verdade, “[...] tanto é assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz.”¹⁸

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 191.

¹⁷ Nesse ponto, a autora parece tratar como sinônimos as presunções de legitimidade e veracidade.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op cit*, p. 192.

1.3.2 Imperatividade

Por esse atributo, entende-se que alguns atos administrativos devem se revestir de coercibilidade para o seu cumprimento ou execução.¹⁹ Em apenas um parágrafo, Celso Antônio Bandeira de Mello define a imperatividade da seguinte forma:

[...] é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chamava de “poder extroverso”, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.²⁰

Sob outro prisma, Hely Lopes Meirelles aduz que tal atributo não está presente em todo ato administrativo; *p. ex.*, os atos enunciativos e os negociais, que são aqueles que dependem exclusivamente do interesse do particular, logicamente não exigem a imperatividade.

[...] Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa (atos normativos, ordinatório, punitivos) nascem sempre com imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos *auto-executórios*) ou pelo judiciário (atos *não auto-executórios*).²¹

Percebe-se que o atributo em questão é inerente aos atos administrativos que restringem a esfera jurídica do administrado²², e devem ser cumpridos e atendidos enquanto existentes no mundo jurídico, até que tais sejam revogados ou anulados, vez que gozam de presunção de legitimidade.²³

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 413.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op cit*, p. 163.

²² Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, ed. Malheiros, 2009, p. 413, afirma que os atributos da imperatividade, exigibilidade e executoriedade não se aplicam aos atos administrativos ampliativos da esfera jurídica dos administrados.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op cit*, pp. 163-164.

1.3.3 Autoexecutoriedade

Em que pese alguns autores administrativistas optarem por denominar tal atributo apenas de *executoriedade*, parece mais correto adotar a expressão *autoexecutoriedade*, “[...] porque o prefixo ‘auto’ é que indica a condição de o ato ser executável pela própria Administração.”²⁴

Sem embargos ao que foi dito acima, Celso Antônio Bandeira de Mello, utilizando a nomenclatura *executoriedade*, define o atributo ora tratado como a qualidade que a Administração tem para “[...] compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.”²⁵

Referido autor explica o motivo por que do uso da expressão *materialmente* em seu conceito ao distinguir *exigibilidade* de *executoriedade*, nos seguintes termos:

A executoriedade não se confunde com a *exigibilidade*, pois esta não garante, por si só, a possibilidade de *coação material*, de *execução* do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade mas que não possuem executoriedade.

.....
[...] graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de *meios indiretos que induzirão* o administrado a atender o comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para ceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.²⁶

Vale dizer que o atributo da autoexecutoriedade só se aplica nos casos expressamente previstos em leis, bem como nas hipóteses em que, se tal atributo não for invocado, ocorrer grave comprometimento do interesse público.²⁷ Demais disso, a autoexecutoriedade não afasta o controle *a posteriori* dos atos administrativos, sendo possível

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.164.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 413

²⁶ *Ibidem*, p. 414.

²⁷ *Ibidem*, pp. 415-416.

ao administrado que se sentir lesado procurar as vias judiciais para responsabilizar o Estado por ato dos seus agentes ou para suspender o ato que ainda será executado.²⁸

1.4 Vinculação e discricionariedade

Deve ser feita a devida distinção entre os atos administrativos discricionários e vinculados, vez que de fundamental importância para o estudo ora tratado.

O ato vinculado é conhecido como “regrado”, pois são aqueles praticados em consonância com uma lei que traça os requisitos e condições para a sua realização. “Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador [...]”²⁹.

Ademais, Hely Lopes Meirelles aduz que:

Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público, o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum. Poderá, assim, a Administração Pública atuar com liberdade, embora reduzida, nos claros termos da lei ou do regulamento.³⁰

Por sua vez, os atos discricionários são aqueles que “[...] a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.”³¹

Nas palavras de José Cretella Júnior:

[...] manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p.211.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, p. 171.

*concretiza livremente, independente de qualquer lei que lhe dite, previamente, a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária.*³²

Não se deve confundir ato administrativo discricionário com arbitrário. A discricção é a possibilidade de se atuar dentro dos limites da lei, sendo a arbitrariedade faculdade de agir “[...] *sem qualquer limite*, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica. É a liberdade do ser irracional, que opera no mundo da força e da violência [...]”.³³ Ou seja, o ato arbítrio é inadmissível pelo Direito, posto que contrário ou excedente da lei.

Desta feita, segundo Hely, para se realizar um ato discricionário deve o administrador estar sob os limites gerais do Direito, ou nos liames da legislação administrativa que lhe outorgue tal poder para que o exerça dentro dos limites de sua liberdade de opção.

Quanto ao controle desses atos pelo Poder Judiciário, importante salientar que a esse Poder não é conferido se manifestar sobre a conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, ou seja, não é do âmbito de sua atuação decidir sobre os atos administrativos discricionários. O certo é que o Judiciário poderá agir nos casos dos atos vinculados, pois estes estão restritos à lei, e não se dispensa do Poder Judiciário o exame da legalidade, posto que “[...] é dever da Justiça esquadrihar todos os ângulos em que se possa homiziar a ilegalidade, sob o tríplice aspecto formal, material e ideológico.”³⁴

Assim, nos casos de ato vinculado, o administrador age dentro de uma estreita esfera estabelecida pela lei que instituiu aquele ato, sendo possível o controle judicial.

³² CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 223-224.

³³ *Ibidem*, p. 222.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 165.

Entretanto, não cabe ao Poder Judiciário versar sobre a conveniência e oportunidade do administrador em realizar o ato discricionário. Tais atos vêm ao administrador com maiores aberturas para a sua atuação, dando a ele o juízo de conveniência e oportunidade para que realize o ato, embora, caso aja *contra legem* ou exorbitando a vontade da norma, poderá o administrador sofrer a intervenção do Poder Judiciário para penalizá-lo civil e criminalmente pelos excessos.

1.5 Invalidação dos atos administrativos

Em que pese alguns doutrinadores usarem a terminologia “anulação dos atos administrativos”, adota-se aqui a expressão “invalidação”, conforme usado por Celso Antônio Bandeira de Mello, uma vez que se trata de gênero que significa qualquer caso que vá de encontro à ordem jurídica, sendo que o termo “anulação” é apenas uma das espécies de invalidação.³⁵

O referido autor ainda afirma que não existem graus de invalidade; que nenhum ato no Direito é mais inválido que o outro, sendo que há, sim, “[...] reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade.” É exatamente esse grau de reações aos atos inválidos que caracteriza os atos nulos, anuláveis, irregulares e inexistentes.³⁶

A invalidação pressupõe, assim, um vício de legalidade. Ou seja, o ato administrativo precisa preencher os seus requisitos para que possa produzir seus efeitos, pois

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 454.

³⁶ *Idem*.

só assim o ato poderá ser “[...] válido e idôneo à produção de efeitos, não havendo a necessidade de desfazimento.”³⁷

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O motivo da invalidação é a ilegalidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar. Enquanto na revogação é a inconveniência que suscita a reação administrativa, na invalidação é a ofensa ao direito.³⁸

Para se proteger a legalidade dos atos administrativos, a Constituição Federal de 1988 garante que sejam questionadas perante o Poder Judiciário³⁹ a ilegalidade de tais atos por meio do mandando de segurança (art. 5º, LXIX); da ação popular (art. 5º, LXIII); da ação civil pública (art. 129, III) “[...] e, sobretudo, o princípio que assegura o recurso ao Judiciário quando haja lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, consagrado no art. 5º, XXXV.”⁴⁰

Conforme será analisado mais especificamente no próximo capítulo, no âmbito do Direito Administrativo, é com base na manutenção da legalidade dos atos administrativos que se confere o poder de autotutela à Administração Pública, o que significa dizer que esta pode invalidar seus próprios atos quando eivados de vício, pois o Estado-Administração age de acordo com a lei, e lhe cabe, decerto, o autocontrole da legalidade de seus atos.⁴¹

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 457.

³⁹ Valem aqui as ressalvas feitas no item 1.4 deste capítulo quando foi tratado sobre a vinculação e discricionariedade dos atos administrativos.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit*, p. 134.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 243.

1.5.1 Atos inexistentes, nulos e anuláveis

Dependendo do grau de vício que se revestem os atos sujeitos à invalidação, estes podem ser considerados como inexistentes, nulos ou anuláveis. Os atos inexistentes são aqueles que em hipótese alguma podem ser sanados, “[...] cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de ‘conversão’.”⁴²

Consistem em comportamentos que correspondem a *condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.*⁴³

Um exemplo de atos inexistentes são aqueles que versam sobre cometimento de crimes, como instruções dadas por autoridade policial para que seus subordinados “[...] torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do Fisco ou para que alguém explore trabalho escravo etc.”⁴⁴

Por sua vez, são nulos os atos que a lei assim os declare, e aqueles que são racionalmente impossíveis de serem convalidados, “[...] pois se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior”, servindo como exemplos os atos de conteúdo ilícito, os praticados sem justa causa, *etc.*⁴⁵

Os atos anuláveis também são aqueles que a lei assim os declare, ou, então, quando podem ser praticados novamente sem vício, como os atos expedidos por agente incompetente, os proferidos com defeitos de formalidade, entre outros.⁴⁶

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 461.

⁴³ *Ibidem*, p. 462.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 470.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 470-471.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 471.

Sob outro prisma, importante destacar a distinção simples, porém precisa ao presente trabalho, feita por Almiro do Couto e Silva⁴⁷, quanto aos atos administrativos nulos e anuláveis, sendo o primeiro comparado aos atos inexistentes, pois “[...] tal distinção é despida de caráter operativo [...]”⁴⁸, e o segundo como aqueles atos que pressupõem a existência e, por isso, geram efeitos. Confira-se:

O referido autor aduz que os atos administrativos nulos são: a) os atos administrativos “patológicos e exarcebados”, onde se pode verificar erros grosseiros, manifestos e videntes, independentemente da hierarquia da norma violadora; b) aqueles atos que podem ser anulados de ofício pelo juiz, não estando sujeitos à decadência, podendo a administração pública anular o ato administrativo, a qualquer tempo, no exercício da autotutela; c) atos que, por sua natureza, situam-se no limite com a inexistência e não produzem qualquer efeito desde sua origem.

Já os atos anuláveis, segundo Almiro do Couto e Silva, são os demais atos administrativos viciados de ilegalidade que não se encaixam nas hipóteses supracitadas, sendo que, nestes casos, tais atos administrativos, além de produzirem seus efeitos enquanto não forem anulados, não estão sujeitos às regras da decadência e da prescrição, não podendo ser anuladas de ofício pelo juiz.

Destarte, forçoso concluir que atos administrativos que concedem vantagens patrimoniais ao servidor público nem sempre são manifestos e evidentes quanto ao vício que os maculam, nem mesmo são “patologicamente exarcebados”, pressupondo, assim, a boa-fé do servidor. Na realidade, adotando a visão de Almiro do Couto e Silva, tais atos

⁴⁷ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, pp. 44-45.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 45.

administrativos são anuláveis, vez que existem, produzem seus efeitos e geram, em favor do administrado, a confiança merecedora de proteção, conforme será visto alhures.

1.5.2 Efeitos da invalidação

Os atos administrativos sujeitos à invalidação não deveriam existir, por isso mesmo, não deveriam produzir efeitos, o que vale dizer que tais atos, quando anulados, geram, em regra, efeitos retroativos – *ex tunc*.⁴⁹ No entanto, Celso Antônio Bandeira de Melo⁵⁰ explicita os efeitos dos atos administrativos que são invalidados pelo Poder Público, fazendo uma importante distinção sobre tais efeitos.

O autor afirma que, embora se reconheça que os atos nulos – ou seja, atos administrativos eivados de vício insanável – possuam, via de regra, efeito *ex tunc*, há hipóteses em que estes atos poderão sim ter efeito *ex nunc*. Para esta afirmação, o doutrinador aduz que mesmo nulos os atos, estes produzem efeitos, e devem ser respeitados, tomando como exemplo os efeitos que atingem terceiro de boa-fé.

Para que se reconheça efeito *ex tunc* ou *ex nunc* ao ato nulo, o autor classifica os atos administrativos em: *unilaterais restritivos*, ou seja, aqueles atos que restringem a esfera jurídica do administrado, hipótese que afirma que “[...] todas as razões concorrem para que a sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das conseqüências onerosas”⁵¹; e em *unilaterais ampliativos*, que se traduzem em dilatação da esfera jurídica do administrado, o que gera, caso este não tenha concorrido para o vício do ato e agido de boa-fé, a fulminação do ato nulo apenas com efeito *ex nunc*.

⁴⁹ Tais efeitos são conferidos aos atos inválidos e nulos, vez que aos anuláveis a regra é a incidência do efeito *ex nunc*.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 456.

Assim, ensina o autor:

Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanham os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder substituir a Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava tais atos. Não há dúvida de que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração [...] deverá fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente.⁵²

Por fim, na mesma linha de raciocínio, o autor imputa a responsabilidade do Estado em responder por seus atos quando eivados de vício insanável em face do administrado de boa-fé, traduzindo-se em verdadeiro dever da Administração em suportar os prejuízos causados por ela mesma. *In verbis*:

[...] se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora a autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de *presunção de legitimidade*. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como de resto devia confiar.⁵³

A conclusão que se pode chegar é que, em regra, só os atos administrativos restritivos ou aqueles atos que, mesmo ampliativos, sofreram influência da má-fé do administrado, podem ter sua anulação vinculada ao efeito *ex tunc*. A primeira hipótese porque uma vez que diminuem ou de fato restringem a esfera patrimonial do administrado, este não pode suportar os efeitos maléficos de um ato ilegal; a segunda porque o efeito *ex tunc* vem como caráter de sanção em face do administrado que não agiu de boa-fé perante a Administração Pública.

⁵² *Ibidem*, pp. 456-457.

⁵³ *Ibidem*, p. 458.

De outro modo, os atos administrativos ampliativos quando anulados devem produzir efeito *ex nunc*, nas hipóteses que o administrado não tenha concorrido para a prática ilegal do ato e agiu de boa-fé, em razão dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade que gozam tais atos.

Embora não esteja explícito nas explicações de Celso Antônio Bandeira de Melo, os atributos a que se refere nas transcrições supra são compositores do princípio da segurança jurídica, sob o prisma da proteção à confiança, conforme será visto no próximo capítulo.

Por fim, discorda-se do referido autor quando este afirma que “Não há dúvida de que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração [...] deverá fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos;” porque, conforme será exposto, existem atos administrativos ilegais que podem continuar vigendo e produzindo efeitos, em nome do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança).

2 Autotutela

2.1 Conceito

A autotutela apareceu pela primeira vez na jurisprudência do Conselho de Estado francês, em 1912, no caso *Blanc*, onde, sob a ideia de buscar a racionalidade e a eficiência administrativa, se permitiu ao autor do ato administrativo viciado desfazê-lo sob a forma de outro ato.⁵⁴

Conforme se acredita por diversos doutrinadores pátrios, no direito brasileiro a autotutela foi reconhecida em janeiro do ano de 1943, na Apelação nº 7.704, onde o Supremo Tribunal Federal – STF “[...] considerou conveniente admitir o poder de anulação da autoridade administrativa quando o ato de apresentasse com ilegalidade.” Admitindo-se, assim, a validade da anulação, pela própria Administração, sem prévio assentimento do Poder Judiciário.⁵⁵

Entretanto, importante frisar, a título de esclarecimento histórico, que primeiro julgado brasileiro que abriu alas ao fundamento da autotutela administrativa foi a Apelação Cível nº 2.359, datada de dezembro de 1918, ou seja, vinte e cinco anos antes da Apelação nº 7.704. O caso envolvia a anulação, pela Administração Pública federal, de ato de alteração da lista de lista de antiguidade de Oficiais da Marinha de Guerra. “O Juiz Federal da Seção do Distrito Federal, sem analisar o mérito da legalidade ou não do ato questionado, sentenciou julgando procedente o pedido do Oficial prejudicado com a alteração da lista, pelo

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 119.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 120.

simples fundamento de não poder a Administração Pública reformar seus atos, por mais ilegais que fossem.”⁵⁶

Nesse julgado, o então Ministro Pedro Lessa, em histórica fundamentação sobre o hoje conhecido princípio da autotutela, assim discorreu:

Isso posto, considerando que nenhum fundamento jurídico tem a sentença apelada quando declara que ao Poder Executivo é vedado neste regímen político corrigir seus erros, cassar seus atos ilegais, seja embora evidente a ilegalidade dos atos anulados. Uma vez praticado ato ilegal pelo Governo da União, só o Poder Judiciário tem competência para reformar ou anular esse ato, desde que dele emana um direito individual: tal é a tese contida na sentença apelada. Não há regra de Direito nem princípio algum jurídico que autorize um juiz, que examina num processo regular se um certo ato da administração é, ou não, legal, a declarar ilegal esse ato em litígio, unicamente porque esse ato é a reforma ou anulação de um ato anterior da mesma administração. Não há disposição de lei, nem princípio de Direito, que vede à administração a reforma ou a cassação dos seus atos ilegais, visto como de atos ilegais nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal. (...) Nem se diga, como já se disse, que era o contencioso administrativo que facultava sob o regímen monárquico, ao governo, ou à administração, o corrigir os seus próprios atos, os seus erros ou ilegalidades. Fora isso forma o mais falso juízo acerca do contencioso administrativo. Quando o Governo Imperial anulava um ato seu por verificá-lo ilegal, nenhuma intervenção tinha o contencioso administrativo, no caso. Era a administração graciosa que então reparava as suas faltas ou ilegalidades. Se o caso era levado ao contencioso administrativo, tínhamos então um tribunal administrativo a julgar causas, que, por sua natureza e de acordo com os princípios jurídicos hoje adotados por nossas leis, eram da competência do Poder Judiciário. A competência do poder administrativo contencioso passou para o Poder Judiciário, mas isso não quer dizer absolutamente que as atribuições da administração graciosa, ou parte delas, tenham igualmente sido transferidas para o Poder Judiciário. Não se compreende a missão do Poder Judiciário de tal arte falseada, que ele possa manter os atos ilegais e, algumas vezes, até criminosos, do Poder Executivo, já por estes cassados, e declarados sem nenhum efeito, para mais tarde, em novas ações, e depois de grandes prejuízos da Fazenda Pública, concordando afinal com o Poder Executivo, declarar em sentença que tais atos são realmente contrários à lei. O Supremo Tribunal Federal *reforma* a sentença apelada e manda que sejam os autos devolvidos à primeira instância, a fim de julgar o juiz *a quo, de meritis*, pronunciando-se acerca da legalidade do ato que fez objeto desta ação.⁵⁷

⁵⁶ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 150-151.

⁵⁷ Pedro Lessa *apud* HORBACH, Carlos Bastide. *Idem*.

Destarte, tais julgados do STF ganharam reiterado entendimento no Supremo e Tribunais estaduais durante a história, o que culminou na edição das Súmulas 346 e 473, do STF, onde dispõe, respectivamente:

a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

a Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Seguindo os entendimentos sumulados pela Suprema Corte brasileira, o legislador pátrio editou os artigos 114, da Lei nº 8.112/1990⁵⁸, e 53, da Lei nº 9.784/1999⁵⁹, respectivamente:

Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Deste modo, uma vez que à Administração Pública cumpre zelar pelo interesse público e legalidade de seus atos, verificado que a medida contém ilegalidades, pode e deve ela mesma invalidar seus atos vinculados, ou, nos casos de atos discricionários, revogá-los. A esse poder-dever da Administração, dá-se o nome de autotutela.⁶⁰

José dos Santos Carvalho Filho⁶¹ define a autotutela nos seguintes termos:

A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. Em outras palavras, significa que, se for necessário rever

⁵⁸ DISTRITO FEDERAL. LEI Nº 8.112, de 11.12.1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU de 19.04.1991.

⁵⁹ DISTRITO FEDERAL. LEI Nº 9.784, de 29.01.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU de 01.02.1999 e retificado em 11.03.1999.

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 130.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

determinado ato ou conduta, a Administração poderá fazê-lo *ex officio*, usando sua auto-executoriedade, sem que dependa necessariamente de alguém que o solicite. Tratando-se de ato com vício de legalidade, o administrador toma a iniciativa de anulá-lo; caso seja necessário rever ato ou conduta válidos, porém não mais convenientes ou oportunos quanto a sua subsistência, a Administração providencia a revogação. [...]”

Por seu turno, Hely Lopes Meireles preceitua que:

*A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui forma normal de invalidação de atividade legítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos. Em casos excepcionais, por força do princípio da segurança jurídica e respeito à boa-fé, o ato poderá deixar de ser anulado, o que exige motivação que demonstre a prevalência daqueles frente ao princípio da legalidade [...]*⁶²

Por fim, vale dizer que a autotutela também designa o poder que a Administração possui de cuidar dos bens que integram o seu patrimônio, sendo dispensado título fornecido pelo Poder Judiciário, podendo ela mesma, exercendo seu poder de polícia administrativa, impedir ato atentatório à conservação dos seus bens.⁶³

2.2 Limites

Embora assentado que os atos administrativos viciados de legalidade devem ser anulados pela própria Administração, é possível que, em certas situações, a autoridade Administrativa deixe de anulá-lo, em nome do interesse público, para que as consequências do desfazimento do ato em si e a sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a sua subsistência.⁶⁴

Assim, sob uma perspectiva histórica, José dos Santos Carvalho Filho, parafraseando Adilson Abreu Dallari, assevera que a autotutela administrativa deve encontrar limites, nos seguintes termos:

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 209.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 87.

⁶⁴ MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 121

Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a autotutela de ofício em toda a sua plenitude. A orientação que se vai expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais de que se valeram, durante determinado período, os órgãos administrativos. Trata-se, no que concerne ao poder administrativo, de **severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública**.⁶⁵

Demais disso, lecionam Odete Medauar e Lúcia Valle Figueiredo, respectivamente:

Embora o poder de anular permaneça pleno para qualquer ato atingido por ilegalidade, é possível que, em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e de sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato. E muitas vezes aparecem casos de atos que produziram efeitos irretratáveis que tornariam inócua eventual anulação.⁶⁶

Deveras, diante de atos desconformados do ordenamento jurídico (é dizer, diante de atos desconformes da lei e dos princípios) em geral, deve a Administração proceder à invalidação. Somente assim não agirá diante da possibilidade de sanear, ou impedida por outras normas ou princípios do ordenamento jurídico. Nesta última hipótese conservará os atos para preservar o valor da segurança jurídica.⁶⁷

A seguir, serão expostos especificamente quais são os principais limites à autotutela administrativa e suas consequências nos casos de anulação do ato administrativo.

2.2.1 Decadência

Derivado do latim *cadens*, que significa cair, perecer, cessar, a decadência é tratada, na terminologia jurídica, para exprimir a queda ou perecimento de um direito pela falta de seu exercício no prazo estipulado em lei.⁶⁸

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 121.

⁶⁷ Lúcia Valle Figueiredo apud SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 150-151.

⁶⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 241.

Com efeito, a Lei nº 9.784/1999, em seu artigo 54 prescreve o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração Pública possa anular seus próprios atos⁶⁹, nos seguintes termos:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Nota-se que o prazo decadencial atinge o direito à Administração Pública de anular seus atos administrativos ampliativos, ou seja, aqueles atos que conferem uma dilatação da esfera patrimonial do administrado que de boa-fé gozou de seus efeitos. Ao revés, referida norma concede ao administrado o benefício de ter o ato administrativo anulado, a qualquer tempo, se este restringir sua esfera econômica.

Aclarando sobre a configuração de atos administrativos ampliativos e restritivos, veja-se a doutrina de Almiro do Couto e Silva:

Entre as muitas classificações dos atos administrativos há a que os distingue pelo caráter positivo ou negativo dos efeitos que produzem para os seus destinatários. Quando um ato administrativo gera ou reconhece direitos, poderes, faculdades ou vantagem juridicamente relevante ou ainda elimina deveres, obrigações, encargos ou limitações a direitos dos destinatários, dilatando seu patrimônio ou esfera jurídica, é ele qualificado como ato administrativo favorável, benéfico ou ampliativo, em oposição aos atos administrativos desfavoráveis, onerosos ou restritivos, que criam deveres, obrigações, encargos, limitações ou restrições para as pessoas que se endereçam.⁷⁰

⁶⁹ Importante salientar que tratamos desse prazo decadencial como aplicável somente no âmbito da Administração Pública no exercício do poder de autotutela. As discussões acerca da aplicação de tal prazo aos processos em tramitação no Tribunal de Contas da União - TCU extrapolam a limitação temática deste trabalho, mormente porque entendemos que o TCU, ao analisar atos administrativos, promove atividade de controle externo, e não poder de autotutela.

⁷⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 46.

Nos tempos modernos, ocorre que o ato administrativo seja ao mesmo tempo benéfico e desfavorável ao servidor público, no entanto, para os fins de anulação do ato, “[...] a autoridade competente levará em conta apenas o aspecto positivo do ato administrativo, mesmo quando ele não puder ser separado do aspecto negativo.”⁷¹

O prazo decadencial em comento é contado da data da prática do ato administrativo, sendo tal data comprovada pelo meio de comunicação utilizado para cientificar seus interessados. “Em caso de dúvida ou de discrepância entra a data do ato e a da sua comunicação, há de se prevalecer a data do ato, pois assim determina a lei.”⁷²

Ademais, em atenção ao § 1º do artigo 54, importante frisar que os “[...] vencimentos e demais vantagens remuneratórias de servidor público, proventos de aposentadorias, pensões, são prestações que se repetem no tempo [...]”, sendo que a data do primeiro pagamento é que marca o início do prazo decadencial de cinco anos estipulado pela Lei nº 9.784/1999.⁷³

Desse modo, o prazo decadencial estabelecido pelo legislador pátrio é uma limitação ao poder-dever de autotutela administrativa advinda de uma ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, sendo esta última privilegiada em detrimento daquela, quando verificadas as circunstâncias descritas no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999.⁷⁴

⁷¹ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 47.

⁷² *Ibidem*, p. 50.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 29.

Neste sentido:

[...] o art. 54 da Lei nº 9.784/99 de a medida do que seria “prazo razoável” para influir no juízo de precedência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade, no cotejo ou no *balancing test* entre os dois princípios, em face da prolongada inação da Administração Pública, no que diz respeito ao seu poder [...] de autotutela.

Entenda-se bem: não se está postulando a atribuição de eficácia retroativa ao prazo do artigo 54 da Lei de Processo Administrativo da União. O que estamos afirmando é que essa lei, ao instituir o prazo de decadência do direito à invalidação, em regra inspirada no princípio da segurança jurídica, introduziu no nosso ordenamento jurídico parâmetro indicador do lapso temporal de tempo que, associado a outras circunstâncias, como a boa-fé dos destinatários do ato administrativo, estaria a recomendar, após o seu transcurso, a manutenção do ato administrativo inválido.⁷⁵

Nas palavras de José Cretella Júnior, “no campo do Direito Administrativo o transcurso de tempo pode transformar mera questão de fato em direito subjetivo público, ocorrendo, no caso, o direito do administrado à manutenção do ato, verdadeira prescrição aquisitiva de direito subjetivo público a que o ato perdure.”⁷⁶

Assim, transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, o ato administrativo deve ser mantido com todos os seus efeitos, sejam eles passados ou futuros. Isto porque o que o prazo decadencial extingue, desde que não exista má-fé, é o *direito* da Administração Pública de pleitear a anulação do ato administrativo, seja pela via judicial ou pelo exercício da autotutela administrativa⁷⁷, devendo prevalecer, nesses casos, o princípio da segurança jurídica com a manutenção do ato ilegal.

⁷⁵ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 54.

⁷⁶ José Cretella Júnior *apud* MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 121

⁷⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *Op cit*, p. 31.

2.2.2 Princípio da Segurança Jurídica (proteção à confiança)

Embora hoje exista a regra da decadência explicitada acima, o fato é que antes do ano de 1999 não havia uma ponderação legislativa quanto aos princípios da segurança jurídica e da legalidade traduzidos em prazo quinquenal. Além disso, tal regra ainda não soluciona as hipóteses de anulação, no exercício da autotutela, de atos ilegais dentro do prazo decadencial de cinco anos.

Isto porque, não obstante a Administração Pública tenha o poder-dever de anular seus atos administrativos viciados de ilegalidade dentro de tal prazo decadencial, os efeitos produzidos pelo ato anulado se encontram em ambiente nebuloso na praxe da Administração estatal, razão pela qual esta, muitas vezes, incorre no erro de anular *ex officio* o pagamento indevido e exigir o seu ressarcimento ao Erário (efeito *ex tunc*), ao mero argumento de que o ato anulado era ilegal e que tal anulação se deu dentro prazo previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, em conformidade com as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

O que pode ocorrer é que, no curso do prazo de cinco anos, venha a configurar-se situação excepcional que ponha em confronto os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Nessa hipótese, deverá o juiz ou mesmo a autoridade administrativa efetuar a ponderação entre aqueles dois princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, mesmo ainda não se tendo configurado a decadência.⁷⁸

Destarte, embora o princípio da legalidade seja muito relevante à manutenção da ordem jurídica – e, via de regra, é protegido no âmbito do prazo quinquenal -

⁷⁸ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 30.

não é um princípio absoluto. “Trata-se, ao contrário, de um primado hermenêutico necessariamente instrumental, no sentido de que a legalidade não traz consigo um fim em si mesmo.”⁷⁹

Assim, em que pese a legalidade, na maioria dos casos, cumprir o seu papel instrumental da garantia da segurança jurídica, conforme exige o Estado de Direito, a aplicação irrestrita da legalidade no exercício da autotutela pode gerar casos de insegurança jurídica, conforme explicita Rafael Da Cás Maffini:

[...] em casos obviamente excepcionais, a legalidade induz a decorrências que, ao invés de concretizar a segurança jurídica, culmina por contrariá-la, razão pela qual se impõe a ponderação de tais valores, com vistas à consecução do Estado de Direito. Impõe-se, pois, como dito em outra época, que a legalidade seja “*temperada*” com outros valores não menos relevantes à segurança jurídica.⁸⁰

Neste ponto importante pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha que propõe a substituição da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade (princípio conformador do sistema constitucional), afirmando que o comportamento administrativo deve ir além da legalidade, não devendo se conter apenas na formalidade das normas jurídicas. “A lei não é considerada a única fonte do direito (embora se revele a principal delas), de modo que o administrador público não se submete apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não somente pela lei formal.”⁸¹

⁷⁹ MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registros pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 3, n. 10, jul./set. 2005, p. 154.

⁸⁰ MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registros pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 3, n. 10, jul./set. 2005, p. 155.

⁸¹ Cármen Lúcia Antunes Rocha *apud* FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>>. Acesso em 29 set. 2009.

Desta feita, o princípio da segurança jurídica se apresenta, juntamente com o da legalidade, como um dos dois pilares do Estado de Direito e se configura como verdadeiro limite ao poder de autotutela da Administração Pública.⁸²

Conceituando e explicitando bem a posição da segurança jurídica no ordenamento jurídico nacional e suas consequências, afirma de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Ora bem, é sabido e resabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos (*sic*) os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do prover e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.⁸³

Ademais, quanto à qualificadora do princípio da segurança jurídica, qual seja, o da proteção à confiança, é necessário que se faça alguns esclarecimentos.

O princípio da proteção à confiança nasceu na Alemanha por meio de construção jurisprudencial, podendo-se dizer que referido princípio cingi-se “[...] predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno

⁸² SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 18.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124

direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé.”⁸⁴

Deste modo, o princípio da proteção à confiança do administrado é traduzido por sua natureza subjetiva, daí o porquê da distinção entre o princípio da segurança jurídica, que possui natureza diversa.

Confira-se a explicação de Almiro do Couto e Silva:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza **objetiva** e outra de natureza **subjetiva**. A primeira, de natureza **objetiva**, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...] tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza **subjetiva**, concerne à **proteção à confiança** das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.⁸⁵

Ademais, complementando a exposição do supracitado autor, cumpre citar a lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas como elementos objetivos da ordem pública – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da

⁸⁴ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 12.

⁸⁵ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 10.

segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.⁸⁶

Almiro do Couto e Silva ainda aduz que no direito comparado os doutrinadores preferem fazer a seguinte separação: princípio da segurança, quando busca tutelar o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas; e princípio da proteção à confiança, quando se busca proteger o aspecto subjetivo das relações jurídicas.

Este último princípio atinge o Estado-Administração da seguinte maneira⁸⁷:

- a) impondo limitações na liberdade de alterar suas condutas e modificar atos que, mesmo quando ilegais, produziram efeitos vantajoso aos destinatários;
- b) ou atribuindo ao Estado consequências patrimoniais por essas alterações, “[...] sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”⁸⁸

Porque os atos do Estado-Administração gozam da aparência e da presunção de legitimidade e veracidade⁸⁹ é que se tem justificado, durante a história, a conservação de atos administrativos eivados de graves vícios.⁹⁰

⁸⁶ José Joaquim Gomes Canotilho *apud* FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>>. Acesso em 29 set. 2009.

⁸⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *Op cit*, pp. 10-11.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 10.

⁸⁹ Na obra de Almiro do Couto e Silva aqui trabalhada, o autor não cita a *presunção de veracidade*, mas é importante fazer inserir tal presunção, tendo em vista o que foi estudado no primeiro capítulo deste trabalho, quando se tratou dos efeitos da invalidação.

Um exemplo disso são os atos praticados pelo *funcionário de fato*, vez que, não obstante o ato esteja impregnado pela incompetência absoluta de quem o exarou, são considerados válidos em razão da aparência de legitimidade de que se revestem. Fica claro que “[...] o que o direito protege não é a ‘aparência de legitimidade’ daqueles atos, mas a *confiança* gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da ‘aparência de legitimidade’ que têm os atos do Poder Público.”⁹¹

No Brasil, todavia, os textos legislativos tratam predominantemente a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, o que quase sempre significa proteção à confiança⁹² (razão por que aqui se trata ambos os princípios apenas como *segurança jurídica*⁹³).

Com efeito, é o princípio aqui tratado que serviu de base ao prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 e que confere a este dispositivo legal a necessária constitucionalidade:

[...] a vigência do princípio constitucional da segurança jurídica é bem anterior à Lei nº 9.784/99 e é ele que torna compatível com a Constituição o artigo 54 daquele mesmo diploma legal, quando confrontado com o princípio da legalidade. Na verdade, se inexistisse, como princípio constitucional, o princípio da segurança jurídica, não haveria como justificar, em face do princípio da legalidade, a constitucionalidade do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, valendo o mesmo raciocínio para as demais regras de decadência ou de prescrição existentes em nosso ordenamento jurídico.

Bem se vê, portanto, que as situações que se constituíram anteriormente à entrada em vigor do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, devem ser solucionadas à luz do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da proteção à confiança, ponderado juntamente com o princípio da legalidade [...]⁹⁴

⁹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. *Op cit*, p. 11.

⁹¹ *Ibidem*, p. 16.

⁹² Almiro do Couto e Silva, na obra acima citada, indica os seguintes dispositivos legais como exemplo: Leis nº 9.784/1999, artigo 2º e 54; 9.868/1999, artigo 27 e 9.882/1999, artigo 11.

⁹³ SILVA, Almiro do Couto e. *Op cit*, p. 16.

⁹⁴ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 53.

Demais disso, os efeitos da segurança jurídica e da proteção à confiança, no direito comparado e brasileiro, podem ser traduzidos nos seguintes pontos principais⁹⁵:

- a) **a manutenção no mundo jurídico dos atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais** (p. ex. licenças, autorizações, subvenções, **atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimentos, proventos**, ou de seus dependentes, p. ex. pensões, etc);
- b) a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico.
- c) a responsabilidade pré-negocial do Estado;
- d) **o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico** (p. ex. da ordem econômica, do exercício de profissões, dos servidores públicos).
(sem grifos no original)

Por fim, cumpre esclarecer que a jurisprudência nacional, inclusive do Supremo Tribunal Federal, defende a limitação ao poder de autotutela aos casos de pagamento indevido com base no princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, conforme se verifica:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRANSFORMAÇÕES DE FUNÇÕES COMISSIONADAS. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DOS SERVIDORES. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL. Tendo em vista a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação. Recurso extraordinário conhecido, mas improvido.⁹⁶

No entanto o presente trabalho refuta tal argumento para se manter as vantagens atribuídas, seja inconstitucionalmente ou ilegalmente, aos servidores públicos, conforme explica Almiro do Couto e Silva:

⁹⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 378932, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 30/09/2003, DJ 14-05-2004 PP-00045 EMENT VOL-02151-02 PP-00335 RTJ VOL 00192-01 PP-00345.

[...] muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha aludido a princípio constitucional, o da irredutibilidade de vencimentos, para compará-lo e ponderá-lo com o princípio da legalidade, a crítica que se pode e deve fazer é a de que o princípio da irredutibilidade de vencimentos só tem aplicação quando os vencimentos ou vantagens remuneratórias são legais e legítimos. Não fosse assim, e (*sic*) nenhuma vantagem ilegalmente outorgada pela Administração Pública poderia ser cancelada ou retirada, pois o ato de anulação, fosse ele de exercício da autotutela administrativa ou emanasse do Poder Judiciário, esbarraria sempre no princípio da irredutibilidade de vencimentos.⁹⁷

Assim, o princípio competente a defender o não ressarcimento ao Erário dos valores pagos indevidamente, ou até mesmo a continuação desse pagamento, seria o da segurança jurídica, e não o da irredutibilidade de vencimentos.

Os princípios a serem ponderados em casos de pagamento indevido são o da legalidade e da segurança jurídica, devendo prevalecer este último quando o servidor público recebeu os valores indevidos de boa-fé.

⁹⁷ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 27.

3 Pagamento indevido

O pagamento indevido, em linhas gerais, é um ato administrativo viciado de ilegalidade e passível de anulação. Ou seja, embora tenha produzido seus efeitos e, por isso mesmo, ampliado a esfera jurídica do servidor público, podem ser anulados pela Administração Pública.

Um exemplo real de pagamento indevido seria o caso de um mandado de segurança onde uma servidora pública do Distrito Federal, que trabalhou na Secretaria de Educação do Distrito Federal, com o cargo de auxiliar em educação, na função de conservação e limpeza, requereu administrativamente, em 01.11.2007, sua progressão na carreira, conforme a Lei Distrital 3319/04. Entretanto, ao analisar o referido requerimento, a autoridade coatora tomou conhecimento, através da Gerência de Acompanhamento de Tempo de Serviço, que a impetrante recebera valores indevidos referentes à Gratificação de Incentivo à Carreira (GIC), durante o período de setembro de 2004 a novembro de 2007. Por tal motivo, a autoridade notificou a impetrante coatora determinando que os valores pagos indevidamente fossem descontados em sua folha de pagamento, a partir do mês de março de 2008, em 18 parcelas de R\$175,65, totalizando um valor de R\$ 3.161,70.

A fim de aclarar o exemplo em questão, cumpre transcrever a recentemente decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios sobre o caso acima relatado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO, EM FACE DE ERRO QUANTO AO PAGAMENTO DE VANTAGEM DENOMINADA GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO À CARREIRA - GIC. CABIMENTO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PERCEBIDAS A MAIOR PELA SERVIDORA. DESCABIMENTO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO, CARÁTER ALIMENTAR DAS VERBAS. BOA-FÉ EVIDENCIADA.

1- A despeito da Administração Pública ter o direito-dever de declarar a invalidade do ato administrativo contaminado pelo vício de legalidade, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais, em especial do STJ, "nos casos em que o pagamento

indevido foi efetivado em favor do servidor público em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, mostra-se indevido o desconto. 2- Apelação e remessa necessária, conhecidos e não providos.⁹⁸

Assim, tratar-se-á como pagamento indevido qualquer vantagem patrimonial pecuniária auferida pelo servidor público ativo em razão do erro da Administração Pública, que, por causa de seu ofício, erra no cálculo desses valores, interpreta determinada lei de forma errônea ou, de qualquer forma, comete erro operacional competente à Administração, e repassa ao servidor público valores de forma equivocada, ou seja, ilegal.

3.1 Anulação *ex officio* e processo administrativo

A anulação *ex officio* do ato administrativo guarda estreita semelhança com o poder da autotutela administrativa, posto que é o princípio da autotutela que permite a Administração anular seus próprios atos de ofício, quando verificada a ilegalidade.

João Antunes dos Santos Neto⁹⁹ explicita que antigamente a doutrina brasileira entendia que os atos viciados da Administração não poderiam ser anulados de ofício, posto que, investidos de presunção de legitimidade, esse tipo de anulação seria a exceção.

Entretanto, aclarando-se a doutrina acerca do assunto, Santos Neto se refere a Tito Prates da Fonseca afirmando que a Administração pública teria, sim, a faculdade de anular seus próprios atos de ofício quando em nome do interesse público.

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. MS 20080110293618APC, Relator Arlindo Mares, 4ª Turma Cível, julgado em 10/06/2009, DJ 24/08/2009, p. 141.

⁹⁹ SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 147.

No mesmo sentido a jurisprudência brasileira passou a reconhecer a anulação *ex officio*, influenciada pelo Direito francês, advindo do caso *Blanc* (o qual já foi referido neste trabalho) e da doutrina formada simultaneamente na Itália e na França. O mais conhecido caso brasileiro sobre o assunto, Apelação nº 7.704, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1943, envolvia a “[...] cassação, por autoridade federal, do registro do diploma de dois médicos, em face da observância de irregularidades nos respectivos currículos escolares [...]”¹⁰⁰, naquele julgado, a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de anulação, pela Administração, dos atos editados por ela mesma e eivados de vícios, dispensando a concorrência de outros órgãos de controle para legitimar sua ação.¹⁰¹

Veja-se o que foi dito pelo Ministro José Linhares, relator no caso paradigma, acerca da anulação *ex officio*:

[...] a autoridade que tem competência expressa para a prática de um ato, tem-na, extensivamente, para a anulação desse ato. Já aqui a questão não é da invasão eventual da órbita judiciária, o que já foi examinado, mas da extensão dos poderes administrativos, questões diferentes e que se acham emburilhadas em diversos lances dos autos. Assentando que pode a administração anular seu ato contrário à lei, salvo à parte recurso à justiça, esta é a questão fundamental dos autos - é certo que, na órbita administrativa, não oferece dúvidas a proposição de que a autoridade, a que compete a prática de um ato, compete a de sua anulação, se cabível e quando cabível.¹⁰² (sem grifos no original)

No entanto, em que pese o entendimento jurisprudencial, que inclusive gerou as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, é importante reconhecer que os casos de anulação de pagamento indevido, e eventual ressarcimento, devem ser precedidos por um processo administrativo, com observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

¹⁰⁰ SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 139.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 139-140.

¹⁰² José Linhares *apud* SANTOS NETO, João Antunes dos. *Ibidem*, p. 141.

Isto porque o pagamento indevido é ato administrativo vinculado (ainda que ilegal) que amplia a esfera patrimonial do servidor público, sendo sua anulação sempre gravosa àquele que a auferiu, o que, em nome da segurança jurídica, gera óbice à anulação *ex officio*.

Não é outro entendimento encontrado na doutrina sobre o assunto:

Sob os mesmos parâmetros assecuratórios de situações jurídicas constituídas sob o manto do ordenamento, pode-se afiançar que também integra a *segurança jurídica* o respeito aos direitos individuais adquiridos de boa-fé por terceiros em face da Administração. A segurança das relações e a pacificação social pretendidas pela ciência jurídica pressupõem “convivência harmônica entre Administração e administrados e, mais ainda, entre ela e seus servidores. Deste modo, quando do ato viciado se originarem direitos que de forma lícita possam ser opostos à Administração, ocorre a imediata inibição da atividade invalidatória interna e procedida de ofício por esta.”¹⁰³

Celso Antônio Bandeira de Melo explica que no processo administrativo existem dois objetivos: “a) resguarda os administrados; e b) concorre para uma atuação administrativa clarividente.”¹⁰⁴ O primeiro significa que ao administrado é garantido o direito de que seus argumentos sejam ouvidos pela autoridade administrativa antes de tomar qualquer decisão que irá afetá-lo; o segundo, concorre para que a decisão administrativa seja mais bem informada, consequente e responsável, de modo que auxilie a melhor solução para os interesses públicos em causa, “[...] pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados.”¹⁰⁵

Ademais, referido autor traça os aspectos onde deverá haver a adoção de processo administrativo, sendo relevante destacar dois deles:

¹⁰³ SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 164-165.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 490.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 491.

[...] quando a providência administrativa a ser tomada, tendo efeito imediatos sobre o administrado, envolver privação da liberdade ou de bens. Isto porque o art. 5º, LIV, da Constituição estabelece: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Vale dizer, estando em causa ato restritivo ou *ablativo de direitos integrados no patrimônio do sujeito*, é obrigatória a prévia instauração de *procedimento administrativo externo*, ressalvadas, evidentemente, as exceções constitucionais (*exempli gratia*, dos arts. 5º, LXI, 136, § 3º, I, e 139); (sem grifos no original)

[...] quando a providência administrativa a ser tomada disser respeito a matéria que evolva litígio, controvérsia sobre direito do administrado ou implique imposição de sanções. É o que resulta do art. 5º, LV, da Constituição, no qual se dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assim, em todas as situações pertinentes a contendas sobre direitos, notadamente se envolverem acusações e possíveis sanções aos administrados, é obrigatória a instauração de procedimento administrativo externo; [...] ¹⁰⁶ (sem grifos no original)

Assim, não basta a mera notificação ao administrado de que serão anulado os pagamentos até então auferidos pelo simples fato dos mesmos terem sido ilegais, o que se configura em anulação *ex officio*.

No caso do tema aqui tratado, a anulação *ex officio* significa invalidação feita pela própria Administração de forma unilateral, sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em total afronta aos princípios constitucional acima verificados.

3.2 Ressarcimento ao Erário

3.2.1 Boa fé do Servidor Público

A boa-fé se distingue em subjetiva e objetiva, ou seja, a primeira se relaciona com o aspecto anímico do servidor público, “[...] denota um estado de consciência

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 504-505.

ou de convencimento individual de agir em conformidade com o Direito.”¹⁰⁷ Ao contrário, a segunda se refere a um modelo de conduta social, do qual o indivíduo deva agir de acordo com padrões reconhecidos pela sociedade de retidão e lealdade.¹⁰⁸

Assim, Ana Cláudia Finger, parafraseando Fernando Noronha, aduz que a boa-fé subjetiva:

[...] é aquela que denota a ideia ignorância, de crença errônea acerca da existência de uma situação regular, crença essa que repousa tanto no próprio estado (subjetivo) de ignorância, quanto numa errônea aparência de certo ato. Aqui, o sujeito acredita ser titular de um direito, sendo que essa situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas que crê legítimas.¹⁰⁹

Noutro giro, a boa-fé esperada do servidor público é a sua não concorrência para a prática do ato administrativo ilegal¹¹⁰, o que está ligado ao aspecto objetivo da boa-fé, embora o seu aspecto subjetivo também conte para a questão da segurança jurídica (proteção à confiança) como consequência da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

O servidor público deve se comportar de forma leal, com retidão, num dever de agir conforme certos padrões éticos de correção, de honradez, de lealdade e de confiança. Não deve, pois, concorrer para a feitura do ato ilegal, nem mesmo continuar recebendo os valores após ter ciência de que os pagamentos estão sendo feitos de forma ilegal pela Administração Pública, sob pena de se configurar a má-fé.

¹⁰⁷ FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>>. Acesso em 29 set. 2009.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Fernando Noronha *apud* FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>>. Acesso em 29 set. 2009.

¹¹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, p. 48.

Cumprе salientar que a mera desconfiança do servidor público de que os pagamentos eram indevidos não induz ao pensamento de que o mesmo estava recebendo-os de má-fé, tendo em vista que a continuidade do pagamento indevido por longo período temporal, somado à presunção de legitimidade dos atos administrativos, são fatos idôneos a suprimir eventual desconfiança e fazer nascer uma confiança digna de proteção.

Nesse sentido, cumpre transcrever a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecido que o lapso temporal é apto a fazer nascer a confiança digna de proteção em face do servidor público:

EMENTA: DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. INTEGRAL Oponibilidade desse ato estatal ao Tribunal de Contas da União. Conseqüente impossibilidade de desconstituição, na via administrativa, da autoridade da coisa julgada. Existência, ainda, no caso, de outro fundamento constitucionalmente relevante: o princípio da segurança jurídica. A boa-fé e a proteção da confiança como projeções específicas do postulado da segurança jurídica. Magistério da doutrina. Situação de fato – já consolidada no passado – que deve ser mantida em respeito à boa-fé e à confiança do administrado, inclusive do servidor público. Necessidade de preservação, em tal contexto, das situações constituídas no âmbito da administração pública. [...] Precedentes. Medida CAUTELAR DEFERIDA.

-[...].

- Os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado.

- **A fluência de longo período de tempo – percepção, no caso, há mais de 16 (dezesseis) anos, de vantagem pecuniária garantida por decisão transitada em julgado – culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado e, também, por incutir, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando – ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro.** Doutrina.Precedentes.¹¹¹

(sem grifos no original)

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 27962 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 24/04/2009, publicado em DJe-079 DIVULG 29/04/2009 PUBLIC 30/04/2009.

Ademais, Almiro do Couto e Silva, corroborando o que foi dito e, ainda, aduzindo que os atos administrativos, no caso aqui tratado, atingem vários níveis de servidores públicos, afirma:

É muito comum que os atos administrativos contemplem um grande número de beneficiários, como freqüentemente ocorre, por exemplo, nas relações com servidores públicos. Os destinatários, nesses casos, têm, de regra, níveis diferenciados de conhecimento e de informação.

Assim, conquanto alguns pudessem ter dúvidas quanto à legalidade das medidas que os favoreciam, outros estariam convencidos de que as medidas seriam legítimas, tornando-se muito difícil, se não impossível, determinar quem teria conhecimento da ilegalidade e quem não teria; quem desconheceria a ilegalidade por negligência grave e quem, apesar de diligente, dela não tomara conhecimento. Como se percebe, análises dessa espécie dariam margem a juízos altamente subjetivos e a tratamentos desiguais, baseados nesses mesmos juízos, o que facilmente poderia escorregar para a arbitrariedade.

Além disso, até nas situações em que o número de beneficiários fosse restrito ou se reduzisse a uma única pessoa, será forçoso admitir que eventuais dúvidas sobre a legalidade iriam gradativamente perdendo relevo, à medida que o tempo fosse passando, sendo a pouco e pouco suplantadas, desse modo, pela crescente e sempre robustecida confiança na legalidade do ato administrativo.¹¹²

De mais a mais, conforme foi conceituado o pagamento indevido, há casos que a Administração Pública, no exercício de seu mister, comete erro operacional que lhe compete, seja errando no cálculo desses valores pagos ou interpretando de forma equivocada.

Destarte, se a Administração Pública paga indevidamente o servidor público adotando determinada interpretação da lei como correta ou fazendo cálculos técnicos que só a Administração sabe e deve fazer de forma certa, não é razoável que a mesma anule o ato administrativo e cobre o seu ressarcimento ao servidor público, jogando nas costas alheias as consequências de um erro que foi exclusivamente seu.

¹¹² SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004, pp. 48-49

Por isso mesmo, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 249¹¹³, onde se reconhece a boa-fé advinda de erro interpretativo escusável da lei:

Súmula 249 - É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PERCEPÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidores de boa-fé, com base em interpretação errônea, má aplicação da lei, ou equívoco da Administração.
2. Agravo regimental improvido.¹¹⁴

Assim, uma vez que na maioria dos casos o servidor público não tem os conhecimentos técnicos que a Administração deve ter para identificar o erro no repasse dos valores, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada, se por outro motivo não for comprovada a má-fé mediante processo administrativo.

3.2.2 Ocorrência

O poder de invalidação de ato administrativo e o ressarcimento ao Erário estão subordinados ao dever de fazê-los em nome do interesse público, de sorte que, verificada a ilegalidade do pagamento ao servidor público, surge o poder-dever da Administração de restabelecer a legalidade no exercício da autotutela.

¹¹³ Essa Súmula veio a substituir a revogada Súmula 235, que possuía a seguinte redação: “Os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula n.º 106 da Jurisprudência deste Tribunal.”

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 896.726/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008.

No entanto, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, tanto se recompõe a legalidade invalidando o ato ou o convalidando, quando, então, o último prevalecerá sobre o primeiro:

Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Onde é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o princípio da boa-fé – sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé.

Sendo certo, pois, que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou por outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação.¹¹⁵

Desse modo, em face do princípio da segurança jurídica e da boa-fé do servidor público, não caberia a aplicação da invalidação do pagamento indevido, devendo o mesmo ser mantido pela convalidação para se recompor a legalidade ferida.

Vale lembrar que a aplicação do princípio da legalidade não gera, necessariamente, segurança jurídica e estabilidade às relações entre a Administração Pública e seus administrados, devendo a manutenção do ato administrativo ser imposta a depender do caso concreto.

Nesse sentido:

Mesmo se tratando de atos administrativos eivados de vícios, segundo a mais abalizada doutrina, a supressão de tais decisões e determinações do mundo jurídico não é automática, pois vezes há em que, em nome do princípio da segurança das relações jurídicas e da boa-fé dos administrados, levados a confiar na presunção de

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 469.

legalidade dos atos da Administração Pública, a manutenção do ato inválido se impõe.¹¹⁶

Há que se sopesar, entretanto, que entre a data do começo do pagamento indevido e o conhecimento, pela Administração, do seu vício de legalidade, deve-se percorrer um lapso temporal razoável (inferior ao prazo decadencial de cinco anos do artigo 54 da Lei nº 9.784/1999) para se configurar a confiança digna de proteção. Por exemplo: o mero pagamento indevido em um mês e seu ressarcimento no outro não gera uma relação de estabilidade e confiança que possa ter força perante o princípio da legalidade.

Os princípios da legalidade e da segurança jurídica, e a boa-fé do servidor público devem ser auferidos, no caso concreto, com critério em processo administrativo, para que se faça a justa decisão do que realmente exige o interesse público:

Todavia, esse temperamento da prerrogativa de invalidação dos atos administrativos ou mesmo dos seus efeitos, bem assim a necessidade, em alguns casos, de convalidação do ato, em nome no interesse público e da consagração da segurança jurídica e da boa-fé dos particulares, não é uma decisão que fica ao simples alvedrio do administrador público. Somente em casos excepcionalíssimos, ponderadas as circunstâncias do caso concreto e tendo em conta o princípio da proporcionalidade a estabelecer os contornos da atividade administrativa, é que se verificará a possibilidade de compatibilização entre o dever de invalidar atos ilegais e a necessidade de sua convalidação ou, pelo menos, da manutenção de alguns de seus efeitos, no mundo jurídico, em atenção ao princípio da boa-fé.¹¹⁷

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjugação da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultados benéficos e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade.¹¹⁸

¹¹⁶ FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>> Acesso em 29 set. 2009.

¹¹⁷ FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>> Acesso em 29 set. 2009.

¹¹⁸ Almiro do Couto e Silva *apud* FINGER, Ana Cláudia. *Idem*.

Ademais, eventual ressarcimento do pagamento indevido obriga e impõe prévio processo de conhecimento (pois restringe a esfera patrimonial do servidor público) para se aferir a má-fé do servidor público, o que veda a anulação *ex officio* do pagamento indevido.

Nesse sentido:

Recebimento de boa-fé. Vedação de devolução, desconto ou compensação Pedido de Providências. Magistrados. Interrupção no pagamento de adicionais por tempo de serviço e quinquênios antes da data-limite estabelecida pelo CNJ e desconto dos valores pagos pelos tribunais a esse título, sob a forma de compensação. Res. 13/2006 do CNJ que permitiu os pagamentos até maio/2006. Direito ao recebimento desses adicionais até a data-limite estabelecida. Descontos indevidos, posto que recebidos os valores de boa-fé. Procedência dos pedidos. I)[...] II) A pretensão da Administração Pública de ver repetidos valores indevidamente pagos a título de subsídio, vencimentos ou proventos, obriga e impõe uma fase de conhecimento e de dilação probatória em que reste incontroverso que o pagamento foi efetivamente indevido e que o beneficiário tenha agido de má-fé, considerando que os valores recebidos de boa-fé não se submetem à restituição, posto que, tendo o pedido natureza reparatória, essa boa-fé exsurge como causa excludente da responsabilidade.¹¹⁹

Assim, nos demais casos em que comprovada a má-fé do servidor público na obtenção dos pagamentos indevidos, mediante processo administrativo, poderá a Administração Pública, a qualquer tempo, anular o ato administrativo viciado e cobrar o ressarcimento ao Erário. Da mesma forma, deve haver efeito *ex tunc* na anulação do ato viciado se o pagamento indevido de alguma forma não gerou a segurança jurídica necessária no âmago do servidor público. Nessas hipóteses, o ressarcimento deve ser feito nos moldes do artigo 46 da Lei 8.112/1990.

Por fim, não se pode olvidar que uma vez exaurido o prazo decadencial da Lei 9.784/1999 perde a Administração Pública o direito de anular o pagamento indevido, devendo o mesmo ser mantido, se de boa-fé o servidor público auferiu os valores pagos.

¹¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PP 1069 , Rel. Cons. Rui Stoco. 48ª Sessão, j. 25.09.2007, DJU 15.10.2007.

CONCLUSÃO

Não obstante a Administração Pública deva embasar seus atos de acordo com a lei, com o fim de atender ao interesse público (daí porque a presunção de legitimidade e demais atributos desses atos), não deve ser a legalidade o único e exclusivo norte dos atos administrativos, conforme ainda são tratados hoje em dia.

Assim, o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha visto neste trabalho é notável na medida em que propõe a substituição da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade (princípio conformador do sistema constitucional), ou seja, a Administração deve ter seus atos em conformidade com o direito, e este não quer dizer necessariamente a lei, posto que não é sua única fonte. Devem os atos da Administração Pública serem feitos de acordo com o ordenamento jurídico, incluindo aí seus princípios, garantias e limites, de modo a sopesar seus atos conforme a realidade que se impõe. Por certo, a aplicação irrestrita da legalidade se distancia do mundo real e não atende o fim a que se destinam os atos administrativos, que é o interesse público.

Ademais, a autotutela administrativa encontra limites legalmente previstos, como o prazo decadencial inscrito no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, onde o legislador pátrio ponderou o uso do princípio da legalidade com o da segurança jurídica e tratou de estabelecer lapso temporal razoável (cinco anos) para que a Administração Pública possa exercer o direito de anular seus atos eivados de vício, sob pena de, transcorrida a decadência, ser mantido o ato ilegal em nome da segurança jurídica.

Para os casos em que não se aplica o prazo decadencial supra, deve haver a devida ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica (proteção à confiança) mediante processo administrativo, vez que a Administração Pública não deve

impor o ressarcimento ao Erário sob o mero argumento de que o pagamento feito fora indevido, jogando sobre as costas alheias as consequências de um erro que só a Administração poderia cometer, em regra. O fruto dessa ponderação no caso concreto é que vai determinar a manutenção do ato ilegal ou, no caso de sua anulação, apenas o seu efeito *ex nunc*, dispensando, assim, o servidor público do ressarcimento.

Os atos administrativos que concedem pagamentos aos servidores públicos são vinculados e ampliativos, ou seja, decorrem de lei e dilatam a esfera patrimonial daquele que os aufere. Não se deve, pois, dar outro tratamento aos casos de pagamento indevido, vez que sua anulação sempre será prejudicial ao patrimônio do servidor público. Por isso, é preciso que a anulação do pagamento indevido seja precedida de um processo administrativo, onde serão observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para que se chegue à justa solução ao caso.

Demais disso, a boa-fé, tanto subjetiva quanto objetiva, do servidor público na percepção dos pagamentos indevidos só poderá ser auferida mediante processo administrativo. Ressalta-se que o servidor público, diante dos pagamentos indevidos, deve ter um comportamento leal, com retidão, num dever de agir conforme certos padrões éticos de correção, de honradez, de lealdade e de confiança. Não deve, pois, concorrer para a feitura do ato ilegal, nem mesmo continuar recebendo os valores após ter ciência de que os pagamentos estão sendo feitos de forma ilegal pela Administração Pública, sob pena de se configurar a má-fé.

Comprovada a má-fé, perde o servidor público o direito de continuar recebendo o pagamento indevido e de não se ver obrigado a ressarcir o Erário. Em tais casos também não se aplica o prazo decadencial de cinco anos da Lei nº 9.784/1999, podendo a Administração Pública, a qualquer tempo, anular os atos administrativos que conferem efeitos favoráveis aos seus destinatários.

Da mesma forma, o ressarcimento ao Erário deve ocorrer quando da anulação do pagamento indevido se este de alguma forma não gerou a confiança digna de proteção no âmago do servidor público. Nessas hipóteses, o ressarcimento deve ser feito nos moldes do artigo 46 da Lei 8.112/1990.

Por fim, importa salientar que a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal necessita ser revogada, a exemplo do que ocorreu com a Súmula 235 do Tribunal de Contas da União, tendo em vista que não mais condiz com o pensamento dessa Suprema Corte, conforme se tem verificado de sua jurisprudência em seus informativos semanais¹²⁰.

Decerto, diante do exposto neste trabalho, o ato administrativo que concede valores indevidos ao servidor público, ainda que ilegais, gera direitos e pode, por isso mesmo, ser mantido ou ter sua anulação apenas efeito *ex nunc*.

¹²⁰ Vide Informativos 337, 489 e 543, do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PP 1069 , Rel. Cons. Rui Stoco. 48ª Sessão, j. 25.09.2007, DJU 15.10.2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

DISTRITO FEDERAL. LEI Nº 8.112, de 11.12.1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. DOU de 19.04.1991.

_____. LEI Nº 9.784, de 29.01.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU de 01.02.1999 e retificado em 11.03.1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005 e 2006.

FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no Direito Administrativo*. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/2618>>. Acesso em 29 set. 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registros pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 3, n. 10, jul./set. 2005.

MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____, _____. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, 2006 e 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006 e 2009.

SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos

administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul/set. 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 896.726/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 378932, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 30/09/2003, DJ 14-05-2004 PP-00045 EMENT VOL-02151-02 PP-00335 RTJ VOL 00192-01 PP-00345.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 27962 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 24/04/2009, publicado em DJe-079 DIVULG 29/04/2009 PUBLIC 30/04/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. MS 20080110293618APC, Relator Arlindo Mares, 4ª Turma Cível, julgado em 10/06/2009, DJ 24/08/2009, p. 141.